

TE Verg Bescheid 1999/2/9 N-3/99-12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.02.1999

Norm

BVergG 1997 §3

BVergG 1997 §11 Abs3

BVergG 1997 §15 Z12

BVergG 1997 §52 Abs1 Z8

BVergG 1997 §115 Abs2 Z1

BVergG 1997 §113 Abs1

BVergG 1997 §113 Abs2

ZPO §228

BVergG 1997 §116 Abs1

BVergG 1997 §52 Abs1

1. ZPO § 228 heute
2. ZPO § 228 gültig ab 01.01.1898

Text

BESCHEID:

Spruch:

Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 9. Februar 1999 durch die Richterin Dr. Maria Charlotte Mautner-Markhof als Senatsvorsitzende und die Beisitzer Divisionär Dipl.Ing. Dr. Ernst Hladik als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Beisitzer der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 113 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) BGBl I 56/1997 betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast 4934-102/001 Kiener Deponie, Lose B 4 und B 5, Transport und Entsorgung A + B Material" der Auftraggeberin AAA Holding Ges.m.b.H., ***, wie folgt entschieden: Der Senat 6 des Bundesvergabeamtes hat am 9. Februar 1999 durch die Richterin Dr. Maria Charlotte Mautner-Markhof als Senatsvorsitzende und die Beisitzer Divisionär Dipl.Ing. Dr. Ernst Hladik als Beisitzer der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Beisitzer der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 113, Absatz 2, Bundesvergabegesetz 1997 (BVergG) Bundesgesetzblatt Teil eins, 56 aus 1997, betreffend das Vergabeverfahren "Sanierung der Altlast 4934-102/001 Kiener Deponie, Lose B 4 und B 5, Transport und Entsorgung A + B Material" der Auftraggeberin AAA Holding Ges.m.b.H., ***, wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Nachprüfungsantrag der XXX Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das Alternativangebot der Antragsteller auszuschneiden, wird gemäß § 113 Abs. 2 BVergG iVm § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG abgewiesen. Der Nachprüfungsantrag der römisch 30 Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das Alternativangebot der

Antragsteller auszuscheiden, wird gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Nachprüfungsantrag der XXX Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das Alternativangebot der Antragsteller nicht zu berücksichtigen, wird gemäß § 113 Abs. 2 BVergG iVm § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG abgewiesen. Der Nachprüfungsantrag der römisch 30 Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das Alternativangebot der Antragsteller nicht zu berücksichtigen, wird gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG abgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Der Nachprüfungsantrag der XXX Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wird gemäß § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG zurückgewiesen. Der Nachprüfungsantrag der römisch 30 Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Nichtigerklärung der Ausschreibung wird gemäß Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG zurückgewiesen.

4. 4.Ziffer 4

Der Antrag der XXX Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Feststellung, dass das Alternativangebot, in eventu das Hauptangebot der Antragsteller das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot im Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Umweltgerechtheit der Leistung sei und als Bestbieter mit der Leistungserbringung beauftragt werden möge, wird gemäß § 113 Abs. 2 BVergG als unzulässig zurückgewiesen. Der Antrag der römisch 30 Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Feststellung, dass das Alternativangebot, in eventu das Hauptangebot der Antragsteller das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot im Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Umweltgerechtheit der Leistung sei und als Bestbieter mit der Leistungserbringung beauftragt werden möge, wird gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG als unzulässig zurückgewiesen.

5. 5.Ziffer 5

Der Antrag der XXX Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der das Vergabeverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes ausgesetzt werde, wird gemäß § 116 Abs. 1 BVergG zurückgewiesen. Der Antrag der römisch 30 Umwelttechnik Aktiengesellschaft und der YYY Gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch ***, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit der das Vergabeverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes ausgesetzt werde, wird gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG zurückgewiesen.

Begründung:

Die Antragsteller stellten mit Antrag vom 1. Februar 1999, verbessert durch Schriftsatz vom 8. Februar 1999, die im Spruch ersichtlichen Begehren und begründeten diese im wesentlichen wie folgt:

Das Ausscheiden bzw Nichtberücksichtigen ihres Alternativangebotes sei rechtswidrig, da dieses unter Berücksichtigung der angebotenen "Verordnungsmethode" zur Entsorgung des Altlastmaterials wesentlich umweltfreundlicher und daher besser als die Konkurrenzangebote sei. Es sei unzulässig, bei der Bestbieterermittlung lediglich auf den Preis der Angebote abzustellen, vielmehr sei auch ohne ausdrückliche Aufnahme in die Bestbieterkriterien der Ausschreibung gemäß § 16 Abs. 7 BVergG auf die Umweltgerechtheit der angebotenen Leistungen Bedacht zu nehmen. Der Annahme des Alternativangebotes stehe auch nicht der abfallwirtschaftliche Bescheid betreffend die Genehmigung der Deponiesanierung entgegen, vielmehr würde die im Alternativangebot vorgeschlagene "Verordnungsmethode" den Zielsetzungen des Abfallwirtschaftsgesetzes besser entsprechen als die Amtsvariante. Der für den Fall der Abweisung der zu Spruch Pkt.1. und 2. ersichtlichen Anträge zu Spruch Pkt.3. dargestellte Antrag wurde dahingehend begründet, dass die Nichtaufnahme des Kriteriums der Umweltgerechtheit der Leistung als Zuschlagskriterium und die sich dadurch ergebende Festlegung der Ausschreibung auf eine ausschließliche Billigstbietervergabe die Bestimmungen der §§ 16 Abs. 7 und 35 Abs. 1 BVergG verletze (vgl. Antrag OZ 1 und Verbesserungsschriftsatz OZ 7). Die Auftraggeberin bestreitet in ihrer Stellungnahme vom 9. Februar 1999 (OZ 7) die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, da es sich bei der gegenständlichen Vergabe um einen

Dienstleistungsauftrag handle und daher die Bestimmung des § 11 Abs. 3 BVergG keine Anwendung finde. Im gesamten Sanierungsprojekt seien zwar auch Bauarbeiten enthalten, doch stellten diese im Vergleich zu den Dienstleistungen bloß einen geringen Anteil dar. Zu den Anträgen selbst brachte die Auftraggeberin vor, das Alternativangebot der Antragsteller sei auszuschneiden, weil es Leistungen enthalte, die bereits in anderen Vergabeverfahren ausgeschrieben worden seien. Überdies stünde der Zuschlagserteilung auf das Alternativangebot der abfallwirtschaftliche Bescheid entgegen, da in diesem die Deponierung und nicht auch eine Verwertung des Altlastmaterials vorgesehen sei. Die Bestimmung des § 16 Abs. 7 BVergG sei lediglich eine Zielvorgabe, sodass mangels ausdrücklicher Aufnahme in die Bestbieterkriterien der Ausschreibung die Umweltgerechtigkeit der Leistung bei der Bestbieterermittlung nicht in der Form berücksichtigt werden könne, dass einem nicht mit der Ausschreibung deckungsgleichen Angebot der Zuschlag zu erteilen sei, wenn es insgesamt am umweltfreundlichsten ist. Hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung brachte die Auftraggeberin vor, die Interessen an der Dringlichkeit der Deponiesanierung würden die Interessen der Antragsteller an der Erteilung des Zuschlages in jedem Fall überwiegen. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Unterlagen des Vergabeverfahrens, der Verfahrensakten der Bundes- Vergabekontrollkommission und der Vorbringen der Parteien wurde folgender Sachverhalt festgestellt: Das Ausscheiden bzw Nichtberücksichtigen ihres Alternativangebotes sei rechtswidrig, da dieses unter Berücksichtigung der angebotenen "Vererdungsmethode" zur Entsorgung des Altlastmaterials wesentlich umweltfreundlicher und daher besser als die Konkurrenzangebote sei. Es sei unzulässig, bei der Bestbieterermittlung lediglich auf den Preis der Angebote abzustellen, vielmehr sei auch ohne ausdrückliche Aufnahme in die Bestbieterkriterien der Ausschreibung gemäß Paragraph 16, Absatz 7, BVergG auf die Umweltgerechtigkeit der angebotenen Leistungen Bedacht zu nehmen. Der Annahme des Alternativangebotes stehe auch nicht der abfallwirtschaftliche Bescheid betreffend die Genehmigung der Deponiesanierung entgegen, vielmehr würde die im Alternativangebot vorgeschlagene "Vererdungsmethode" den Zielsetzungen des Abfallwirtschaftsgesetzes besser entsprechen als die Amtsvariante. Der für den Fall der Abweisung der zu Spruch Pkt.1. und 2. ersichtlichen Anträge zu Spruch Pkt.3. dargestellte Antrag wurde dahingehend begründet, dass die Nichtaufnahme des Kriteriums der Umweltgerechtigkeit der Leistung als Zuschlagskriterium und die sich dadurch ergebende Festlegung der Ausschreibung auf eine ausschließliche Billigstbietervergabe die Bestimmungen der Paragraphen 16, Absatz 7 und 35 Absatz eins, BVergG verletze (vergleiche Antrag OZ 1 und Verbesserungsschriftsatz OZ 7). Die Auftraggeberin bestritt in ihrer Stellungnahme vom 9. Februar 1999 (OZ 7) die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, da es sich bei der gegenständlichen Vergabe um einen Dienstleistungsauftrag handle und daher die Bestimmung des Paragraph 11, Absatz 3, BVergG keine Anwendung finde. Im gesamten Sanierungsprojekt seien zwar auch Bauarbeiten enthalten, doch stellten diese im Vergleich zu den Dienstleistungen bloß einen geringen Anteil dar. Zu den Anträgen selbst brachte die Auftraggeberin vor, das Alternativangebot der Antragsteller sei auszuschneiden, weil es Leistungen enthalte, die bereits in anderen Vergabeverfahren ausgeschrieben worden seien. Überdies stünde der Zuschlagserteilung auf das Alternativangebot der abfallwirtschaftliche Bescheid entgegen, da in diesem die Deponierung und nicht auch eine Verwertung des Altlastmaterials vorgesehen sei. Die Bestimmung des Paragraph 16, Absatz 7, BVergG sei lediglich eine Zielvorgabe, sodass mangels ausdrücklicher Aufnahme in die Bestbieterkriterien der Ausschreibung die Umweltgerechtigkeit der Leistung bei der Bestbieterermittlung nicht in der Form berücksichtigt werden könne, dass einem nicht mit der Ausschreibung deckungsgleichen Angebot der Zuschlag zu erteilen sei, wenn es insgesamt am umweltfreundlichsten ist. Hinsichtlich der beantragten einstweiligen Verfügung brachte die Auftraggeberin vor, die Interessen an der Dringlichkeit der Deponiesanierung würden die Interessen der Antragsteller an der Erteilung des Zuschlages in jedem Fall überwiegen. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere aufgrund der Unterlagen des Vergabeverfahrens, der Verfahrensakten der Bundes- Vergabekontrollkommission und der Vorbringen der Parteien wurde folgender Sachverhalt festgestellt:

Die Auftraggeberin hat im Rahmen der Sanierung der Kiener Deponie die Entsorgung und den Transport des A + B Altlastenmaterials, Lose B 4 und B 5 des gesamten Sanierungsvorhabens, im offenen Verfahren EU-weit ausgeschrieben (vgl. Supplement des Amtsblattes der EU Seite 78/238 vom 22. 4. 1998). Der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung zufolge hatte der Auftragnehmer im wesentlichen das Altlastmaterial auf der Deponie zu übernehmen und Transport und Entsorgung durchzuführen. (vgl. Unterlagen des Vergabeverfahrens, Leistungsbeschreibung Seite 5/35, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). In den allgemeinen Vertragsbedingungen der Ausschreibung waren keine Bestbieterkriterien angegeben. Es wurde lediglich festgelegt, dass die Vergabe der Leistung gemäß ÖNORM A 2050 und gemäß § 53 BVergG 1997 nach dem Bestbieterprinzip erfolge (Seite 8/35 der Leistungsbeschreibung). Die

Vertragsbedingungen der Auftraggeberin waren in der Ausschreibung zur verbindlichen Grundlage der Leistungserbringung erklärt worden (vergleiche Seite 12/35 der Ausschreibung, Beilage zu Schlichtungsakt S-1/99). Die Auftraggeberin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftsanteile im Eigentum der BBB AG stehen (vgl. Firmenbuchauszug, Schlichtungsakt S-1/99). Diese Gesellschaft steht über mehrere Konzernunternehmungen letztlich im 100%igen Eigentum der CCC (vgl. Stellungnahme der Auftraggeberin, Unternehmensporträt BBB AG, Seite 2/2, OZ 10). Das gesamte Sanierungsvorhaben wird im Ausmaß von 66% der Kosten durch den Bund, vertreten durch den Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie, dieser vertreten durch die Österreichische Kommunalkredit Aktiengesellschaft mittels Gewährung von Zuschüssen gefördert (vgl. Fördervertrag, Schlichtungsakt S-1/99). Die Antragsteller legten am 8. Juni 1998 ein Angebot für die Amtsvariante (Angebotspreis netto 88,99 Mio.S ca.) und ein Alternativangebot, in dem an Stelle einer Entsorgung die stoffliche Verwertung des Altlastmaterial vorgeschlagen wurde (vgl. Angebot der Antragsteller, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Sowohl der Preis des Alternativangebots der Antragsteller wie auch des Angebots für die Amtsvariante lag erheblich über den Angebotspreisen mehrerer Mitbieter (vgl. Angebotsöffnungsprotokoll, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Auf Seite 2 des Angebotsschreibens der Antragsteller ist folgende Formulierung enthalten: "Es wurde vorausgesetzt, daß und daß im Falle der Auftragserteilung über einige Vertragspunkte noch das Einvernehmen hergestellt werden kann." Die Auftraggeberin hat im Rahmen der Sanierung der Kiener Deponie die Entsorgung und den Transport des A + B Altlastenmaterials, Lose B 4 und B 5 des gesamten Sanierungsvorhabens, im offenen Verfahren EU-weit ausgeschrieben (vergleiche Supplement des Amtsblattes der EU Seite 78/238 vom 22. 4. 1998). Der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung zufolge hatte der Auftragnehmer im wesentlichen das Altlastmaterial auf der Deponie zu übernehmen und Transport und Entsorgung durchzuführen. (vergleiche Unterlagen des Vergabeverfahrens, Leistungsbeschreibung Seite 5/35, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). In den allgemeinen Vertragsbedingungen der Ausschreibung waren keine Bestbieterkriterien angegeben. Es wurde lediglich festgelegt, dass die Vergabe der Leistung gemäß ÖNORM A 2050 und gemäß Paragraph 53, BVergG 1997 nach dem Bestbieterprinzip erfolge (Seite 8/35 der Leistungsbeschreibung). Die Vertragsbedingungen der Auftraggeberin waren in der Ausschreibung zur verbindlichen Grundlage der Leistungserbringung erklärt worden (vergleiche Seite 12/35 der Ausschreibung, Beilage zu Schlichtungsakt S-1/99). Die Auftraggeberin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Gesellschaftsanteile im Eigentum der BBB AG stehen (vergleiche Firmenbuchauszug, Schlichtungsakt S-1/99). Diese Gesellschaft steht über mehrere Konzernunternehmungen letztlich im 100%igen Eigentum der CCC (vergleiche Stellungnahme der Auftraggeberin, Unternehmensporträt BBB AG, Seite 2/2, OZ 10). Das gesamte Sanierungsvorhaben wird im Ausmaß von 66% der Kosten durch den Bund, vertreten durch den Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie, dieser vertreten durch die Österreichische Kommunalkredit Aktiengesellschaft mittels Gewährung von Zuschüssen gefördert (vergleiche Fördervertrag, Schlichtungsakt S-1/99). Die Antragsteller legten am 8. Juni 1998 ein Angebot für die Amtsvariante (Angebotspreis netto 88,99 Mio.S ca.) und ein Alternativangebot, in dem an Stelle einer Entsorgung die stoffliche Verwertung des Altlastmaterial vorgeschlagen wurde (vergleiche Angebot der Antragsteller, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Sowohl der Preis des Alternativangebots der Antragsteller wie auch des Angebots für die Amtsvariante lag erheblich über den Angebotspreisen mehrerer Mitbieter (vergleiche Angebotsöffnungsprotokoll, Unterlagen des Vergabeverfahrens, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Auf Seite 2 des Angebotsschreibens der Antragsteller ist folgende Formulierung enthalten: "Es wurde vorausgesetzt, daß und daß im Falle der Auftragserteilung über einige Vertragspunkte noch das Einvernehmen hergestellt werden kann."

(vgl. Angebot, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Auf Seite 1 dieses Angebotsschreibens wurde sowohl das Angebot für die Amtsvariante als auch das Alternativangebot angeführt. Die genaue Beschreibung des Alternativangebotes erfolgte auf einem als Beilage geführten Schreiben (vgl. Angebotsunterlagen, Schlichtungsakt S-1/99). (vergleiche Angebot, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Auf Seite 1 dieses Angebotsschreibens wurde sowohl das Angebot für die Amtsvariante als auch das Alternativangebot angeführt. Die genaue Beschreibung des Alternativangebotes erfolgte auf einem als Beilage geführten Schreiben (vergleiche Angebotsunterlagen, Schlichtungsakt S-1/99).

Mit Schreiben vom 10. August 1998 übermittelte die vergebende Stelle den Antragstellern eine Frageliste, in der unter anderem ausgeführt wurde, dass der Bieter gemäß Ausschreibung sämtliche Vertragspunkte vollinhaltlich zu akzeptieren habe und die Formulierung, dass im Auftragsfalle über einige Vertragspunkte noch das Einvernehmen hergestellt werden kann, daher vorbehaltlos zu streichen sei. Diesbezüglich wurde um Bestätigung durch die

Antragsteller ersucht. Mittels Fax vom 18. August 1998 erklärten die Antragsteller, dass sich die gegenständliche Formulierung nur auf ihr Variantenangebot beziehe. Im Prüfbericht der vergebenden Stelle vom 4. November 1998 wurde ausgeführt, das Alternativangebot der Antragsteller sei wegen des letztendlich doch höheren Preises und wegen Unvereinbarkeiten mit den Vergaberichtlinien (z.B. Anbieten von bereits ausgeschriebenen Leistungen in einem Pauschalangebot) auszuschneiden. Mit Schreiben vom 17. 12. 1998 teilte die vergebende Stelle den Antragstellern mit, dass der Zuschlag betreffend die Lose B 4 und B 5 "Transport und Entsorgung A + B Material der Kiener Deponie" an zwei Mitbewerber ergehen werde (vergleiche zu allem der dem Angebot der Antragsteller beiliegende Schriftverkehr, Beilage zum Schlichtungsakt S-1/99). Am 4. Jänner 1999 ersuchten die Antragsteller die Bundes-Vergabekontrollkommission um Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren und beantragten die Feststellung, dass ihr Alternativangebot Bestbieter sei. Im Schlichtungsersuchen wurde ausdrücklich die Nichtberücksichtigung des Alternativangebotes durch den Auftraggeber als angefochtene Entscheidung bezeichnet. Hinsichtlich des Ausschreibungstextes an sich wurde keinerlei Vorbringen erstattet (vergleiche Schlichtungsakt S-1/99 OZ 1).

In der Schlichtungsverhandlung vom 18. Jänner 1999 brachten die Antragsteller vor, dass verschiedene Mitbieter auszuschließen seien. Diesbezüglich stellte die Bundes-Vergabekontrollkommission fest, dass nur die im ursprünglichen Schlichtungsbegehren geltend gemachten Fragen Gegenstand der Schlichtung sein könnten. Im übrigen beschränkte sich die Schlichtungsverhandlung auf die Frage der Bewertung des Alternativangebotes der Antragsteller bzw. auf die Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin (vergleiche S-1/99-14, Verhandlungsprotokoll). Darauf hin ersuchten die Antragsteller am 20. Jänner 1999 die Bundes-Vergabekontrollkommission neuerlich um Schlichtung einer Meinungsverschiedenheit betreffend das gegenständliche Vergabeverfahren. Nunmehr wendeten sich die Antragsteller gegen die Rechtmäßigkeit des Vergabevorschlags, wobei sie sich ausdrücklich auf das in der Ausschreibung festgelegte Prinzip der Bestbietervergabe stützten. Ferner wurde der Ausschluss mehrerer Mitbieter verlangt und vorgebracht, dass die Entscheidung der Auftraggeberin, das Alternativangebot auszuschneiden, rechtswidrig sei, da der höhere Preis ihres Alternativangebotes im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen Vorteile einer stofflichen Verwertung des Altlastmaterials unbeachtlich und die vom Auftraggeber behauptete Unvereinbarkeit mit (nicht näher spezifizierten) Vergaberichtlinien nicht gegeben sei. Im Alternativangebot seien Leistungsteile aufgenommen worden, die Gegenstand anderer Ausschreibungen sind, um Vergleichsrechnungen zu erleichtern. Die Antragsteller seien ohnedies Bestbieter in diesen anderen Ausschreibungen und ließe sich die dort im offenen Wettbewerb ermittelte Angebotssumme ohne nachträgliche Aufklärung aus dem gegenständlichen Alternativangebot wieder herausnehmen. Der Auftraggeber habe keine sonstigen Ausscheidungsgründe spezifiziert, sodass davon auszugehen sei, dass keine weiteren Begründungen für die Ausscheidensentscheidung vorhanden sind. Die Frage der Rechtmäßigkeit des Ausschreibungstextes bzw. der fehlenden Bestbieterkriterien wurde auch in diesem Schlichtungsverfahren nicht behandelt (vergleiche Protokoll und Empfehlung im Schlichtungsverfahren S-11/99). Die einzelnen Sachverhaltsfeststellungen gründen sich auf die in Klammer angeführten Beweismittel. Gegen Echtheit und Richtigkeit dieser Urkunden hegt die Behörde keine Bedenken und sind solche auch nicht durch die Parteien vorgebracht worden.

Das Bundesvergabeamt hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

I. Zur Zuständigkeit der Behörde römisch eins. Zur Zuständigkeit der Behörde:

Die Auftraggeberin ist ein privates Unternehmen, sodass die Anwendung des Bundesvergabegesetzes nur dann in Betracht kommt, wenn der gegenständliche Auftrag unter § 11 Abs. 3 BVergG fällt. Nach dieser Bestimmung fallen Bauaufträge im Sinne des Anhanges II, die von anderen als öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, sowie in Verbindung mit Bauaufträgen im Sinne des Anhangs II vergebene Dienstleistungsaufträge in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, wenn diese Aufträge von öffentlichen Auftraggebern zu mehr als 50 vH finanziert oder direkt gefördert werden. Die Auftraggeberin ist ein privates Unternehmen, sodass die Anwendung des Bundesvergabegesetzes nur dann in Betracht kommt, wenn der gegenständliche Auftrag unter Paragraph 11, Absatz 3, BVergG fällt. Nach dieser Bestimmung fallen Bauaufträge im Sinne des Anhanges römisch zwei, die von anderen als öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, sowie in Verbindung mit Bauaufträgen im Sinne des Anhangs römisch zwei vergebene Dienstleistungsaufträge in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, wenn diese Aufträge von öffentlichen Auftraggebern zu mehr als 50 vH finanziert oder direkt gefördert werden.

Bei der Vergabe des Auftrags zur Entsorgung und zum Transport des Altlastmaterials handelt es sich um einen

Dienstleistungsauftrag, der im Rahmen des Sanierungsprojektes vergeben wird. Im Zuge dieses Sanierungsprojektes wurde auch ein Los mit der Bezeichnung "Bau und Infrastruktur" vergeben, sodass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag im Zusammenhang mit einem Bauauftrag im Sinne des Anhangs II des Bundesvergabegesetzes steht. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin kommt es nicht darauf an, ob der Auftragswert dieses Bauauftrages die für Bauaufträge geltenden Schwellenwerte des Bundesvergabegesetzes überschreitet, da § 11 Abs. 3 BVergG diesbezüglich keinen besonderen Schwellenwert vorsieht. Allein maßgebend ist, ob der gegenständliche Dienstleistungsauftrag den Schwellenwert von 200.000 ECU (= ATS 2,703 Millionen) gemäß § 7 Abs. 1 BVergG überschreitet. Im Hinblick auf die Angebotspreise im gegenständlichen Vergabeverfahren ist diese Frage jedenfalls zu bejahen. Da das gesamte Vorhaben auch von einem öffentlichen Auftraggeber, nämlich dem Bund, zu 66 % der Gesamtkosten gefördert wird, fällt der gegenständliche Dienstleistungsauftrag in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ist daher gemäß § 113 Abs. 1 in Verbindung mit § 11 Abs. 3 BVergG gegeben. Bei der Vergabe des Auftrags zur Entsorgung und zum Transport des Altlastmaterials handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, der im Rahmen des Sanierungsprojektes vergeben wird. Im Zuge dieses Sanierungsprojektes wurde auch ein Los mit der Bezeichnung "Bau und Infrastruktur" vergeben, sodass der gegenständliche Dienstleistungsauftrag im Zusammenhang mit einem Bauauftrag im Sinne des Anhangs II des Bundesvergabegesetzes steht. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin kommt es nicht darauf an, ob der Auftragswert dieses Bauauftrages die für Bauaufträge geltenden Schwellenwerte des Bundesvergabegesetzes überschreitet, da Paragraph 11, Absatz 3, BVergG diesbezüglich keinen besonderen Schwellenwert vorsieht. Allein maßgebend ist, ob der gegenständliche Dienstleistungsauftrag den Schwellenwert von 200.000 ECU (= ATS 2,703 Millionen) gemäß Paragraph 7, Absatz eins, BVergG überschreitet. Im Hinblick auf die Angebotspreise im gegenständlichen Vergabeverfahren ist diese Frage jedenfalls zu bejahen. Da das gesamte Vorhaben auch von einem öffentlichen Auftraggeber, nämlich dem Bund, zu 66 % der Gesamtkosten gefördert wird, fällt der gegenständliche Dienstleistungsauftrag in den Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes ist daher gemäß Paragraph 113, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 11, Absatz 3, BVergG gegeben.

II. Zur Sache selbst

1. a) Litera a

Zu Spruch Punkt 2.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 8 BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden. Da der Vertragstext der Ausschreibung verbindlich war, haben die Antragsteller, in soweit sie über einige Vertragspunkte noch das Einvernehmen herstellen wollten, ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot gelegt. Darüberhinaus ergibt sich aus dieser Formulierung, dass die Antragsteller bis zur Herstellung dieses Einvernehmens hinsichtlich (nicht näher präzisierter) Vertragspunkte eben noch nicht endgültig an ihr Angebot gebunden sein wollten. Hierbei ist es unbeachtlich, ob sich diese Formulierung tatsächlich nur auf das Alternativangebot bezogen hat oder - wovon im Hinblick auf den Umstand, dass diese Formulierung im Angebotsschreiben selbst enthalten war, auszugehen ist - sich auch auf das Hauptangebot der Antragsteller bezogen hat. Im gegenständlichen Verfahren ist nämlich allein das Ausscheiden des Alternativangebotes gegenständlich. Hinsichtlich dieses Angebotes haben die Antragsteller aber jedenfalls durch den Vorbehalt der Klärung nicht spezifizierter Vertragspunkte das Fehlen des für ein vergaberechtlich wirksames Angebot erforderlichen Bindungswillens bekundet, weshalb ihr Angebot jedenfalls auszuscheiden war. Der Umstand, dass im Prüfbericht kein ausdrücklicher Hinweis auf den fehlenden Bindungswillen bzw. den Widerspruch zu den Vertragsbedingungen enthalten ist, bedeutet nicht, dass der fehlende Bindungswille der Antragsteller bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidungsentscheidung außer Betracht bleiben kann. Die Auftraggeberin hat nämlich ihre Entscheidung ganz allgemein mit der Unvereinbarkeit mit den Vergaberichtlinien (womit offenkundig sämtliche die Vergabe öffentlicher Aufträge regelnde Rechtsvorschriften gemeint sind) begründet und den Hinweis auf die Unvereinbarkeit des Alternativangebotes mit anderen bereits laufenden Ausschreibungen ausdrücklich nur beispielhaft angeführt. Darüberhinaus ergibt sich aus dem Fragenkatalog der Auftraggeberin vom 10. 8. 1998, dass die Auftraggeberin sich mit der Frage des Widerspruches zu den Ausschreibungsbestimmungen auseinandergesetzt hat. Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuscheiden. Da der Vertragstext der Ausschreibung verbindlich war, haben die Antragsteller, in soweit sie über einige Vertragspunkte noch das Einvernehmen herstellen wollten, ein den Ausschreibungsbestimmungen

widersprechendes Angebot gelegt. Darüberhinaus ergibt sich aus dieser Formulierung, dass die Antragsteller bis zur Herstellung dieses Einvernehmens hinsichtlich (nicht näher präzisierter) Vertragspunkte eben noch nicht endgültig an ihr Angebot gebunden sein wollten. Hierbei ist es unbeachtlich, ob sich diese Formulierung tatsächlich nur auf das Alternativangebot bezogen hat oder - wovon im Hinblick auf den Umstand, dass diese Formulierung im Angebotsschreiben selbst enthalten war, auszugehen ist - sich auch auf das Hauptangebot der Antragsteller bezogen hat. Im gegenständlichen Verfahren ist nämlich allein das Ausscheiden des Alternativangebotes gegenständlich. Hinsichtlich dieses Angebotes haben die Antragsteller aber jedenfalls durch den Vorbehalt der Klärung nicht spezifizierter Vertragspunkte das Fehlen des für ein vergaberechtlich wirksames Angebot erforderlichen Bindungswillens bekundet, weshalb ihr Angebot jedenfalls auszuschneiden war. Der Umstand, dass im Prüfbericht kein ausdrücklicher Hinweis auf den fehlenden Bindungswillen bzw. den Widerspruch zu den Vertragsbedingungen enthalten ist, bedeutet nicht, dass der fehlende Bindungswille der Antragsteller bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausscheidungsentscheidung außer Betracht bleiben kann. Die Auftraggeberin hat nämlich ihre Entscheidung ganz allgemein mit der Unvereinbarkeit mit den Vergaberichtlinien (womit offenkundig sämtliche die Vergabe öffentlicher Aufträge regelnde Rechtsvorschriften gemeint sind) begründet und den Hinweis auf die Unvereinbarkeit des Alternativangebotes mit anderen bereits laufenden Ausschreibungen ausdrücklich nur beispielhaft angeführt. Darüberhinaus ergibt sich aus dem Fragenkatalog der Auftraggeberin vom 10. 8. 1998, dass die Auftraggeberin sich mit der Frage des Widerspruches zu den Ausschreibungsbestimmungen auseinandergesetzt hat.

Da die Entscheidung, das Alternativangebot auszuschneiden, schon aus den vorstehenden Erwägungen als rechtmäßig zu beurteilen ist, erübrigt es sich, auf die weiteren vorgebrachten Ausscheidensgründe einzugehen. Da das Angebotsschreiben ein Beweismittel ist, das von der Partei selbst stammt und außerdem im Zuge des Vergabeverfahrens erörtert wurde, war es auch nicht erforderlich, diesbezüglich Parteiengehör einzuräumen (vergleiche VwGH 12. 2. 1986 85/11/0025; VwGH 21. 12. 1993, 91/04/0302, ua.).

1. b)Litera b

Zu Spruch Punkt 2.

Gemäß § 53 BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Da das Alternativangebot der Antragsteller rechtmäßig ausgeschieden wurde, war auch die Entscheidung, das Angebot für den Zuschlag nicht zu berücksichtigen, rechtmäßig. Gemäß Paragraph 53, BVergG ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Da das Alternativangebot der Antragsteller rechtmäßig ausgeschieden wurde, war auch die Entscheidung, das Angebot für den Zuschlag nicht zu berücksichtigen, rechtmäßig.

1. c)Litera c

Zu Spruch Punkt 3.:

Gemäß § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG ist ein Nachprüfungsantrag gemäß § 113 Abs. 2 BVergG unzulässig, wenn in der selben Sache kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, es sei denn, die Bundes-Vergabekontrollkommission ist innerhalb der Frist des § 110 Abs. 2 BVergG nicht tätig geworden oder hat sich für unzuständig erklärt. Sache im Sinne § 115 Abs. 2 Z 1 BVergG ist die Entscheidung des Auftraggebers (vergleiche BVA vom 6. 11. 1998, N-30/98-14). Die Auftraggeberentscheidung "Ausschreibung" bzw. die Entscheidung, keine konkreten Bestbieterkriterien festzulegen, wurde nach den Sachverhaltsfeststellungen bisher nicht zum Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens gemacht, vielmehr haben die Antragsteller sich im Schlichtungsverfahren S-11/99 noch selbst auf die Festlegung in der Ausschreibung berufen und die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung selbst erstmals mit dem gegenständlichen Antrag bekämpft. Dieser Antrag war daher spruchgemäß als unzulässig zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ist ein Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG unzulässig, wenn in der selben Sache kein Schlichtungsverfahren durchgeführt wurde, es sei denn, die Bundes-Vergabekontrollkommission ist innerhalb der Frist des Paragraph 110, Absatz 2, BVergG nicht tätig geworden oder hat sich für unzuständig erklärt. Sache im Sinne Paragraph 115, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ist die Entscheidung des Auftraggebers (vergleiche BVA vom 6. 11. 1998, N-30/98-14). Die Auftraggeberentscheidung "Ausschreibung" bzw. die Entscheidung, keine konkreten Bestbieterkriterien festzulegen, wurde nach den Sachverhaltsfeststellungen bisher nicht zum Gegenstand eines Schlichtungsverfahrens gemacht, vielmehr haben die Antragsteller sich im Schlichtungsverfahren S-11/99 noch selbst auf die Festlegung in der Ausschreibung berufen und die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung selbst erstmals mit dem gegenständlichen Antrag bekämpft. Dieser Antrag war daher spruchgemäß als unzulässig zurückzuweisen.

1. d)Litera d

Zu Spruch Punkt 4:

Gemäß § 113 Abs. 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers zuständig. Dem Bundesvergabeamt fehlt daher eine ausdrückliche gesetzliche Zuständigkeit zur Erlassung der beantragten Feststellung. Die Zuständigkeit zur Erlassung des beantragten Feststellungsbescheides ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus der in der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs befürworteten analogen Anwendung des § 228 ZPO (vergleiche VwGH 6. 2. 1989, 87/12/0112, VwGH 22. 4. 1991, 90/12/0329). Nach dieser Judikatur sind nämlich Feststellungsbescheide ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage auf Antrag einer Partei nur dann zulässig, wenn die Feststellung ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung ist. Da die beantragte Feststellung einen Gegenstand betrifft, der im Rahmen eines Verfahrens gemäß § 113 Abs. 2 BVergG bzw. 113 Abs. 3 BVergG zu klären wäre, ist die Erlassung eines gesonderten Feststellungsbescheides hierüber zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich (vergleiche VwGH 18. 6. 1980, 657/79, VwGH 13. 5. 1981, 1410/80 ua). Gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen der vergebenden Stelle des Auftraggebers zuständig. Dem Bundesvergabeamt fehlt daher eine ausdrückliche gesetzliche Zuständigkeit zur Erlassung der beantragten Feststellung. Die Zuständigkeit zur Erlassung des beantragten Feststellungsbescheides ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus der in der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs befürworteten analogen Anwendung des Paragraph 228, ZPO (vergleiche VwGH 6. 2. 1989, 87/12/0112, VwGH 22. 4. 1991, 90/12/0329). Nach dieser Judikatur sind nämlich Feststellungsbescheide ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage auf Antrag einer Partei nur dann zulässig, wenn die Feststellung ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverfolgung ist. Da die beantragte Feststellung einen Gegenstand betrifft, der im Rahmen eines Verfahrens gemäß Paragraph 113, Absatz 2, BVergG bzw. 113 Absatz 3, BVergG zu klären wäre, ist die Erlassung eines gesonderten Feststellungsbescheides hierüber zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich (vergleiche VwGH 18. 6. 1980, 657/79, VwGH 13. 5. 1981, 1410/80 ua).

Der Antrag war daher spruchgemäß als unzulässig zurückzuweisen.

1. e)Litera e

Zu Spruch Punkt 5:

Gemäß § 116 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß § 116 Abs. 5 BVergG tritt die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig ist, soweit noch nicht über den Hauptantrag abgesprochen wurde (Vergleiche BVA vom 10. 10. 1998, N- 32/98-6; BVA vom 31. 10. 1995, N-10/95-6; BVA vom 21. 6. 1995, N-5/95-6). Da mit dem gegenständlichen Bescheid bereits über sämtliche gestellte Nachprüfungsanträge abgesprochen worden ist, war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung spruchgemäß zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 116, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt sobald das Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 116, Absatz 5, BVergG tritt die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig ist, soweit noch nicht über den Hauptantrag abgesprochen wurde (Vergleiche BVA vom 10. 10. 1998, N- 32/98-6; BVA vom 31. 10. 1995, N-10/95-6; BVA vom 21. 6. 1995, N-5/95-6). Da mit dem gegenständlichen Bescheid bereits über sämtliche gestellte Nachprüfungsanträge abgesprochen worden ist, war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung spruchgemäß zurückzuweisen.

Veröffentlichungen

bbl 1999/147

Schlagworte

Geltungsbereich, sachlicher, Dienstleistungsaufträge, Entsorgung und Transport von Altlastmaterial; Geltungsbereich, persönlicher, privater Auftraggeber, Bundesförderung, Kombination von Bauauftrag und Dienstleistungsauftrag, maßgeblicher Schwellenwert; Ausscheiden von Angeboten, den Ausschreibungsbedingungen widersprechende, Vorbehalte zur Ausschreibung hinsichtlich der AVB; Begriffsbestimmungen, Angebot, mangelnder Bindungswille wegen Vorbehalt zur Ausschreibung hinsichtlich der AVB; Nachprüfungsverfahren, Zulässigkeit, kein Schlichtungsverfahren in der selben Sache, Begriff der selben Sache, konkrete Auftraggeberentscheidung; Bundesvergabeamt, Zuständigkeit zur Erlassung von Feststellungsbescheiden vor Zuschlagserteilung, Feststellungsinteresse, keines wenn Nachprüfungsverfahren möglich; Einstweilige Verfügung, Zulässigkeit, keine; Ausscheiden von Angeboten, Begründungspflicht;

Dokumentnummer

VERGT_19990209_N_3_99_12_00

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at